

## 自由職業人の 合同會社에 관한 法律

崔 基 元\* · 朴 庠 根\*\*

獨逸國會는 1994년 7월 25일 새로이 合同會社法<sup>(1)</sup>을 制定하고 關聯法規들을 改正하였다.<sup>(2)</sup> 合同會社(Partnerschaftsgesellschaft)는 自由職業인들이 共同으로 직무를 수행하려는 경우를 위하여 創案된 새로운 會社形態이다.

### I.

#### 1. 新法律 制定의 立法背景

自由業에 종사하는 사람들이 동업을 할 경우 직무의 특성상 특별한 회사형태가 필요하다. 自由業에 있어서도 경제의 확대와 더불어 증가하고 있는 전문화의 필요성, 가중되고 있는 경쟁압력, 그리고 늘어나는 자본수요로 인하여 공동작업이 불가피해짐으로써 자유직업인들의 동업관계가 중요성을 더해가고 있다.

자유직업인들의 동업을 위하여 기존의 회사형태들은 적합한 제도가 되지 못한다. 특히 많은 수의 자유직업인들이 결합하는 경우를 위한 적절한 法的形態가 없었다. 종래 自由業의 조직형태로 이용되어 온 民法上 組合은 대규모의 결합에 대한 욕구를 충족시키지 못하였다. 組合은 법적으로 확정적이지 못하고 지속적이지 못한 내부구조를 갖고 있다. 또한 완전한 權利能力이 없으며 특히 완전한 姓名權이 없다. 따라서 組合은 소송상 모든 組合員의 이름을 명시하여야 하고, 하나의 이름으로 소송을 수행하거나 토지등기부에 등기를 할 수가 없다. 제3자에 대한 관계에 있어서도 모든 合有者의 계약상 책임의 창설과 그 제한이 복잡한 문제를 제기하며 재판의 대상이 되는 경우가 늘어나고 있다.

따라서 法的形態上 自由業의 직업수행의 성격에 부합하고 대규모의, 상이한 직종간의, 다른 지역간의, 또한 국제적인 결합을 위한 기업주체로서도 적당한 구조의 회사형태가 필요하였다.

\* 서울대학교 법과대학 교수

\*\* 독일 Bonn대학 상법·경제법연구소 연구원

(1) Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe(Partnerschaftsgesellschaftsgesetz-PartGG).

(2) Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze vom 25. Juli 1994, BGBl. I S. 1744.

## 2. 오스트리아의 立法例

자유직업인의 동업관계를 위한 특별한 회사형태에 관한 선례는 오스트리아에서 볼 수 있는데, 1991년 1월 1일부터 시행된 登錄營利組合에 관한 法(營利組合法)<sup>(3)</sup>이 그것이다. 원래 “自由業을 위한 合同에 관한 法 草案”<sup>(4)</sup>으로 출발한 이 法은 Karsten Schmidt의 제안<sup>(5)</sup>을 받아들여 기업을 영위하는 組合에 관한 規定을 일반화하는 방향으로 立法이 이루어졌다.

이 法은 실질적으로 단 6개의 조문으로 이루어져 있으며, 특징은 自由業에 있어서의 합동 이외에 기업을 영위하는 組合까지도 그 대상으로 하고 있다는 것이다. 즉 공동의 상호 아래 공동으로 영업을 하려 할 경우 合名營利組合(offene Erwerbsgesellschaft-OEG) 또는 合資營利組合(Kommanditerwerbsgesellschaft-KEG)을 설립할 수 있으며(同法 제1조), 合名會社 및 合資會社에 관한 規定이 준용된다(同法 제4조). 이 法으로 인하여 종래 상인성이 없음으로 해서 상사회사를 설립할 수 없었던 업종분야도 합명·합자회사 형태를 이용할 수 있게 되었다. 이에 해당하는 것은 모든 비완전상인, 예컨대 소상인, 비상인적인 영리기업, 농삼림업, 自由業 등이다.

## 3. 獨逸 合同會社法 概觀

(1) 合同會社法은 自由業을 가진 사람들에게 自由業의 종래의 직업상에도 맞고 현대적이고 융통성 있는 조직형태를 마련한 것이다. 自由業의 본질적 특성으로는 자기책임, 직업수행에 있어서 다른 사람의 지시를 받지 않는 점, 위임인과의 인적인 신뢰관계, 전문교육 및 자격제도, 단순한 영업적인 동기 이상의 직업윤리, 각 직업별 特別法의 존재 등을 들 수 있는데, 合同會社制度를 창안함에 있어서도 이러한 점들이 고려되었다.

合同會社は 匿名性을 가진 物的會社가 아니다. 自己機關의 原則과 各自代表의 原則이 적용된다. 自由業을 가지고 合同會社 내에서 적극적으로 직업활동을 할 수 있는 자연인만이 合同會社에 참여할 수 있다. 단순한 자본출자와 익명적인 참여는 불가능하며, 自由業을 가진 사람이 제3자를 위하여 형식적으로만 참여하는 우회행위도 금지된다. 社員은 자기책임하에 직업활동을 하고 원칙적으로 개인적으로 책임을 진다.

한편 合同會社は 自由業의 현대적 요구에 부응하는 조직형태이다. 自由業의 서비스지역을 초월하여, 국제적으로 그리고 상이한 직업을 포괄하여 제공될 수 있다. 복잡한 일도 하나의 주체에 의해 처리될 수 있으며, 대규모의 지역을 초월하는 결함이 용이하게 되

(3) Bundesgesetz vom 25. April 1990 über eingetragene Erwerbsgesellschaften(Erwerbsgesellschaftengesetz-EGG), OEBGBl. S. 257.

(4) Entwurf eines Bundesgesetzes über die Partnerschaft für freie Berufe(Partnerschaftsgesetz).

(5) Karsten Schmidt, in: Verhandlungen des 10. Österreichischen Juristentages(OEJT), Wien 1988, Bd.II/1, S. 105 ff.; ders., JBL 1988, 745.

었다. 개인적인 책임은 위임인의 신뢰를 해하지 않는 범위에서 제한되는데, 瑕疵있는 직업 수행에서 발생하는 계약상의 청구권에 대하여 업무를 스스로 처리하거나 관리나 감독의 책임을 지는 일인 또는 수인의 社員만이 개인재산으로 책임을 진다.

종래 自由業의 조직형태로 이용되어 온 民法上 組合의 설립이 금지되는 것은 아니다. 단일 지역 내에서 활동하는 소규모의 自由業共同體로서는 앞으로도 組合이 적당할 것이다. 또한 단순히 사무실만을 공동이용하는 경우도 合同會社法의 대상은 아니다.

(2) 合同會社法은 입법기술상 필수불가결한 최소의 범위에서 特別規定을 제정하였다. 合名會社法이 많은 부문에서 合同會社에도 적용할 수 있는 規定들을 포함하고 있는 점을 감안하여, 自由業을 가진 사람들의 회사적 결합의 특성에 맞는 合名會社에 관한 規定(독일 商法 제 705 조 이하)을 준용할 것을 명시하고 있다. 合同會社가 이로 인하여 合名會社가 되는 것은 아니다. 그러나 合名會社에 관한 판례와 실무경험들이 이 새로운 회사형태를 빠른 시일 내에 정착시키는 데 도움이 될 것이다.

合同會社法 11개 조문은 “合名會社의 자매형태(Schwesterfigur zur OHG)”<sup>(6)</sup>에 관하여 가장 중요한 合同會社 특유의 구조에 관한 내용만을 포함하고 있다. 소규모의 영업을 영위하는 合有共同體에 대하여 商法을 적용하는 것과 관련한 장래의 人的會社의 광범위한 재조정<sup>(7)</sup>에 걸림돌이 되지 않도록 고려도 되었다.

(3) 合同會社는 自由業에 있어서 하나의 선택가능성일 뿐이며 결코 회사형태의 강제가 아니다. 어느 직업에서 合同會社형태를 이용할 것인가 또 어떻게 이용할 것인가의 결정은 각 직업관계법에 위임되었다. 合同會社法이 하나의 超職業法으로서 각 직업관계 特別法의 모든 현재 및 미래의 문제에 관하여 결정을 내리려는 것은 아닌 것이다.

合同會社 이외에 物的會社도 원칙적으로 이용가능하다. 특히 큰 투자수요가 존재하거나 物的會社의 자기자본 조달가능성을 이용하려 할 경우에는 物的會社가 조직형태로서 장점이 있다. 어떤 구체적인 조건하에서 物的會社를 이용할 것인지의 결정은 역시 각 직업관계법에 맡겨져 있다. 한편 자본참여로서의 物的會社와 직업수행회사로서의 合同會社로의 분할도 이루어질 수 있을 것이다.

## II. <sup>(8)</sup>

### 1. 總 說

#### (1) 人的會社性

(6) Karsten Schmidt, ZIP 1993, 633, 635.

(7) Karsten Schmidt, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, Köln 1983, S. 413 ff. 참고.

(8) 법률명이 없는 조문은 합동회사법의 조문이며, 모든 법률은 독일의 법률이다.

合同會社는 人的會社이다. 이는 自由業의 개인적 성격에도 부합한다. 그러나 合同會社는 상사회사는 아니며 상인적인 영업을 하는 것도 아니지만(제1조 1항 2문), 많은 점에서 合名會社의 법적관계와 유사하기 때문에 合名會社에 관한 規定을 준용하고 있다. 合同會社는 합유공동체로서 法人이 아니지만 법적주체로 또한 회사재산의 주체로 간주된다. 이러한 점에서 合同會社는 法人과 거의 유사하다고 할 수 있다.

合同會社는 人的會社로서 合名會社와 마찬가지로 組合의 특수형태이다. 이렇듯 合同會社가 사단이 아닌 組合이므로 民法의 組合에 관한 規定이 보충적으로 적용된다(제1조 4항).

#### (2) 合同會社의 社員(Partner)

合同會社의 社員은 파트너라고 한다. 自由業을 가진 사람들이 자신의 직업수행을 위하여 合同會社를 설립하는 것이므로(제1조 1항 1문), 단순한 자본참여나 익명적인 참여는 허용되지 않는다. 자연인만이 파트너가 될 수 있다(제1조 3항). 이는 위임인에 대한 개인적인 신뢰관계를 중시하는 自由業의 직업수행의 본질에 따른 것이다.

#### (3) 對象職業

合同會社法 제1조 제2항은 同法의 대상이 되는 독립적인 직업활동들을 自由業으로 열거하고 있다. 自由業의 개념을 구체적으로 정의하고 있지는 않는데, 이는 법률적인 개념정의가 사회적 언어창조과정과 충돌할 경우 극복하기 어려운 문제들이 발생하기 때문이다. 동 規定은 所得稅法(ESTG) 제18조 제1항 제1호 2문을 본받은 것이나 완전히 일치하지는 않는다.

合同會社를 설립할 수 있는 自由業의 범위는 확장될 수 있다. 단일직종 내에서의 合同會社 설립은 아직 직업단체가 구성되어 있지 않은 自由業이나 자체 직업관계특별법이 없는 自由業도 가능하다. 여러 직종간의 合同會社설립도 제1조 제3항의 規定에 따라 각 職業法이 허용하는 범위 내에서 가능하다. 現行法에 따라 合同會社를 설립할 수 없는 직업이 있는데, 예를 들면 공적인 업무를 수행하는 公證人은 合同會社에 참여할 수 없다. 변호사인 公證人은 변호사로서는 合同會社의 파트너가 될 수 있으나 公證人의 자격으로서는 불가능하다. 또한 약사의 경우에는 약국법 제8조에 따라 組合이나 合名會社만을 설립할 수 있다.

#### (4) 職業關係 特別法과의 關係

각 직업에 관한 法規가 合同會社를 통한 직업활동을 禁止하거나 要件을 강화할 수 있다(제1조 3항). 예를 들면 合同會社設立 자체의 허용 여부를 정하거나 허가를 해주는 것으로 할 수도 있고 지점설치를 제한하거나 사무실 간판의 기재내용을 정할 수도 있다. 다른 직종간의 合同會社設立 가능 여부도 規定할 수 있는데, 이때 모든 관련 직업들의 法規가 이를 허용할 때에만 회사설립이 가능할 것이다.

職業關聯法規에는 각 직업의 개시와 수행에 관한 規定을 포함하고 있는 모든 法規, 즉 法律, 令, 그리고 기타 實體法 예컨대 條例 등이 포함된다.

## 2. 合同會社의 名稱

### (1) 合同關係의 明示

合同會社의 名稱은 최소한 파트너 1인의 성명과 추가로 “—와 파트너” 또는 “合同會社”라는 표시를 하여야 하며 회사가 수행하는 모든 自由業의 직업명칭을 포함하여야 한다(제2조 1항). 이는 合同會社가 제공하는 自由業 서비스의 실제적인 범위를 특히 공중에 대하여 충분히 알리기 위한 것이다. 직업관련법에 의하여 추가로 요건이 정해질 수도 있다.

### (2) 商號의 基本原則의 準用

合同會社法 제2조 제2항은 合同會社에 적용할 수 있는 商號法의 기본원칙들, 즉 商法上의 商號의 眞實性, 繼續性, 排他性에 관한 規定을 준용하고 있다.

合同會社의 명칭도 商號眞實의 원칙에 따라야 하며, 특히 合同會社의 업무범위와 참여 파트너에 대하여 진실성이 요청된다. 전자는 合同會社 내에서 수행되는 모든 직업을 표시함으로써, 후자는 실제로 회사 내에서 활동하는 파트너를 표시함으로써 보장되는데, 合同會社의 활동이 개인적인 업무수행에 근거하고 있기 때문에 이 점이 더욱 중요한 것이다(제2조 2항, 商法 제18조 2항, 제19조 4항).

관련 合同會社의 명칭에서는 眞實性和 繼續性이 그 이해관계가 충돌하게 된다. 기존의 명칭을 바꿔야 할 필요성이 있을 경우에도 合同會社의 명칭에 부가되어진 관념적인 그리고 물질적인 가치를 유지하는 것이 가능하도록 商法 제21조, 제22조 제1항 및 제24조가 준용된다. 合同會社에 있어서는 명칭의 계속성이 특별한 의미를 갖는다.

### (3) 合同會社名稱의 繼續性

1) 실제에 있어서 중요한 문제의 하나는 脫退한 파트너의 이름의 繼續使用에 관한 것이다. 현재 自由業을 영위하는 사람들의 합동사무소가 자신들의 이름을 상호처럼 사용하고 있는데 한 구성원이 고령으로 또는 사망으로 인하여 탈퇴하더라도 그 이름을 계속 사용하고 있다. 이러한 상황이 이미 거래관습으로 굳어졌으며, 그러한 명칭에 사람의 이름(주로 姓)이 포함되어 있다고 해서 그 사람이 아직도 일을 하고 있다는 것을 의미하는 것은 아니라는 점도 관습적으로 인정되어 있다. 이러한 이유에서 탈퇴한 파트너의 이름을 계속 사용하는 것이 원칙적으로 무기한 허용된다(제2조 2항, 商法 제24조 2항). 단, 해당 파트너의 명시적인 동의가 있어야 하며, 이 동의는 설립시 계약으로 미리 정해둘 수도 있다. 그렇지 않은 경우에 파트너가 사망한 때에는 상속인의 동의를 얻어야 할 것이다.

2) 組合을 설립하여 自由業을 영위하다가 合同會社로 變更할 경우, 그 동안 組合의

명칭에 이름이 포함되어 있던 組合員이 변경 이전에 탈퇴한 때에도 商法 제 24 조 제 2 항이 적용된다(제 2 조 2항). 이는 지금까지 組合의 형태로 동업을 하고 있던 자유직업인들에게도 組合의 명칭에 부가된 가치를 合同會社로 변경한 후에도 유지할수 있도록 함으로써 그러한 組合의 合同會社로의 변경을 용이하게 하려는 것이다. 商法 제 22 조의 적용을 명문으로 인정한 것은 원래 동조문이 民法上의 組合에는 적용되지 않기 때문이다.

3) 파트너의 이름만이 변경된 경우에도 合同會社의 명칭에 포함된 이전의 이름을 바꿀 필요는 없다(제 2 조 2항, 商法 제 21 조).

合同會社가 완전히 다른 소유자에게 이전된 때에도 명칭에 포함된 가치를 보전하도록 그 명칭의 계속사용이 허용된다(제 2 조 2항, 商法 제 22 조 1항).

#### (4) 合同會社名稱의 訂正

일반공중이 혼동할 수 있는 명칭은 정정해야 한다. 특히 合同會社의 명칭에서 업종표시는 사실에 부합해야 한다. 다수의 업종으로 이루어진 合同會社에 있어서 기업주의 변경이나 파트너의 탈퇴 등으로 하나의 업종을 더 이상 수행하지 않게 된 경우에는 해당업종명을 合同會社명칭에서 지워야 한다. 商法 제 22 조 제 1 항, 제 24 조에 의하여 이전 파트너의 이름을 계속 사용할 수 있는 경우에도 그 파트너가 탈퇴함으로써 그가 수행하던 업종을 더 이상 영위할 수 없게 된 때에는 그 업종명뿐만 아니라 탈퇴한 파트너의 이름도 合同會社 명칭으로부터 삭제하여야 한다. 반대로 새로이 다른 업종을 취급할 수 있게 된 때에는 그 업종명을 회사명칭에 추가하여야 한다.

合同會社의 기업자체와 그 명칭은 분리하여 이전할 수 없다(제 2 조 2항, 商法 제 23 조).

### 3. 設 立

#### (1) 合同契約(Partnerschaftsvertrag)

合同契約은 書面으로 作成하여야 한다(제 3 조 1항). 公證을 할 필요는 없는데, 이는 合同會社의 등기때 合同契約書를 첨부하지 않기 때문이다. 合同契約은 파트너 상호간의 관계에 있어서 의미가 있을 뿐이며 제3자에 대한 외부관계에는 효력이 미치지 않는다. 따라서 公證의 필요성이 존재하지 않는다. 형식상 무효인 合同會社가 合同契約書를 제출할 의무가 없기 때문에 등기될 수 있는 점은 人的會社의 등기에 있어서의 법적 상황과 같다. 合同契約의 내용을 변경할 때에도 서면형식이 필요함은 당연하다.

제 3 조 제 2 항은 合同契約의 必要的 記載事項을 열거하고 있는데, 이는 회사설립시 파트너들이 그들의 동업관계에 있어서 가장 중요한 사항들에 관하여 합의하도록 하기 위한 것이다. 必要的 記載事項은 첫째, 合同會社의 명칭 및 소재지(제 1 호), 둘째, 모든 파트너의 성명 및 주소와 合同會社 내에서 수행하는 직업을 기재하여야 하는데(제 2 호), 이는

한 파트너가 여러 가지 自由業을 가지고 있을 때 그 중 일부만을 合同會社 내에서 수행하려 할 경우 그 직업만을 合同契約에 기재하고 다른 업종은 개인적으로 영위할 수 있게 한 것이다. 셋째, 合同會社의 目的을 기재하여야 한다(제 3 조). 이를 통하여 파트너들이 수행하는 업종이 분명하게 드러나게 된다. 이 規定은 동시에 自由業의 공동수행만이 合同會社의 目的이 될 수 있음을 다시 한번 명확히 한 것이다.

## (2) 登記

### 1) 合同會社의 登記申請

合同會社는 合同會社登記簿에의 등기를 위하여 所在地法院에 신청하여야 한다(제 4 조 1항, 商法 제 106 조 1항, 제 108 조). 登記申請을 하여야 하는 내용은 첫째, 제 3 조 2항의 合同契約의 必要的 記載事項이다(제 4 조 1항 2문). 설립 후 必要的 記載事項에 변경이 있을 때에도 合同會社登記簿에 변경등기를 신청하여야 한다(제 4 조 1항 3문).

또한 각 파트너가 合同會社에서 수행하는 自由業을 영위한다는 것이 신청에 포함되어야 한다(제 4 조 2항). 이는 自由業을 실제로 영위하는 사람만이 合同會社에 참여하도록 하기 위한 것이다. 정부측 초안에서는 파트너가 이 사실을 입증하여야 했으나, 국회심의과정에서 등기법원이 파트너의 신청서 진술내용을 그대로 받아들일 수 있는 것으로 바뀌었다.

### 2) 合同會社의 登記

合同會社登記簿에는 合同契約의 必要的 記載事項이 등기된다(제 5 조 1항). 商法上 상업 등기부 및 지점, 소재지 변경에 관한 規定들이 合同會社의 등기에도 준용된다(제 5 조 2항, 商法 제 8 조 내지 제 12 조, 제 13 조, 제 13c 조, 제 13d 조, 제 13h 조, 제 14 조 내지 제 16 조). 商法 제 13 조, 제 13c 조 및 제 13d 조의 준용으로부터, 合同會社도 원칙적으로 지점을 설치할 수 있음을 알 수 있다. 즉 각 직업관계법에서 허용하는 한 合同會社는 지점을 설치 운영할 수 있다.

### 3) 登記의 效力

合同會社에 있어서 登記는 創設的 效力을 가진다(제 7 조 1항 참조). 등기는 회사 성립의 조건이며, 이는 自由業을 가진 사람들의 組合이 경우에 따라 자동적으로 合同會社法의 적용을 받게 되는 것을 방지하기 위한 것이다. 바꾸어 말하면 合同會社와 組合 사이에 실질적인 차이가 없기 때문에 등기가 합동회사성립의 필수적 조건으로 필요한 것이다. 등기 이전에 이루어진 영업행위에 대하여 파트너는 民法上 組合員과 같은 책임을 진다. 自由業을 수행하지 않는 合同會社는 表見會社와 같이 직권으로 등기가 말소될 수 있다. 合同會社의 등기부의 기능은 상업등기부의 기능과 같다.

(3) 合同會社法은 合同會社의 설립에 관하여 다른 요건을 정하고 있지 않으며, 따라서 法院에 의한 설립에 관한 검사제도는 존재하지 않는다.

#### 4. 內部關係

##### (1) 合名會社法의 準用

合名會社의 內部關係, 즉 파트너相互間의 法律關係에 있어서는 私的自治의 原則이 적용되며 따라서 우선적으로 合同契約이 적용된다(제 6 조 3항 1문). 合同契約에 規定이 없는 때에는 合名會社에 관한 規定이 合同會社의 특성과 모순되지 않는 범위에서 준용되는데, 예컨대, 비용의 보상, 체불된 출자금의 이자계산, 경업금지, 업무집행, 파트너의 감독권 및 의결방법에 관한 商法 제 110 조 내지 제 116 조 제 2 항, 제 117 조 내지 제 119 조가 준용된다(제 6 조 3항 2문). 業務執行에 관하여는 제 6 조 제 2 항에 特別規定을 두고 있다. 商法 제 118 조의 준용에 의하여 보장된 파트너의 감독권 및 서류열람권은 合同會社의 경제적인 문제에만 국한된다. 예컨대 의사의 비밀엄수의무나 개인적인 환자기록의 보호 등은 지켜져야 한다.

##### (2) 職業關係法의 適用

파트너는 자신의 職業은 그 직업에 적용되는 特別法에 따라 遂行한다(제 6 조 1항). 이 規定은 각 직업인이 권리능력 있는 합유공동체에 소속된다 하더라도 그 직업에 적용되는 職業法을 그대로 지켜야 함을 다시 한번 강조하고 있다.

##### (3) 業務執行

合同契約에서 달리 정하지 않는 한 모든 파트너는 각자 모든 通常의 業務를 執行할 權限이 있다(제 6 조 3항, 商法 제 114 조 1항, 제 116 조 1항). 商法 제 114 조 제 2 항에 의하여 인정되는 정관의 規定에 의한 業務執行權의 剝奪은 合同會社에 있어서는 제 6 조 제 2 항에 의하여 제한되고 있다. 즉 合同契約의 規定에 의하여 단지 “기타의 (통상적인) 업무집행”(예컨대 부동산의 취득, 임대차 또는 고용계약의 체결 등)으로부터 파트너를 개별적으로 제외시킬 수 있다. 이로서 自己機關의 原則이 더욱 강화되었다. 合同契約에 의하여 파트너에게서 그의 업무집행의 주된 부분, 즉 그의 자유로운 직업활동을 하지 못하게 한다면, 自由業의 원칙적인 독립성과 자기 책임성에 반하게 되고 모든 파트너의 적극적인 동업의 원칙에 어긋나게 된다. 업무집행의 완전한 박탈은 결과적으로 단순한 자본참여를 인정하는 것이 될 것이다. 예외적으로 회사에 손해가 발생할 우려가 있는 때에는 다른 방법이 없는 경우 파트너의 직업수행에 관한 업무집행권도 박탈할 수 있다. 이 경우 商法 제 117 조를 준용하여 모든 다른 社員의 신청에 따라 法院의 결정으로 업무집행권을 박탈할 수 있다. 장기간 또는 무기한의 업무집행활동으로부터의 제외는 그 파트너의 제명을 통해서만 가능하다고 할 것이다.

파트너를 개별적으로 업무집행으로부터 제외시키는 것은 가능하지만 모든 파트너를 동시에 업무집행으로부터 제외시키는 것은 인정되지 않는다. 기타업무의 집행을 전적으로 제3자에게 위임하는 것은 허용되지 않는다는 점에서 자기기관의 원칙이 관철되고 있다.

#### (4) 利益分配

合名會社の 利益分配에 관한 商法 제120조 내지 제 122조는 준용하지 않고 있는데 利益分配規定의 必要性이 존재하지 않는다고 보았기 때문이다. 왜냐하면 모든 파트너들이 적극적으로 동업을 하므로 회사의 수입이 대체로 業務執行에 대한 報酬로 지급될 것이기 때문이다. 利益分配에 관한 規定을 合同契約 내에 합의해 두는 것이 구체적인 경우에 필요할 수도 있을 것이다. 이러한 계약조항이 없는 때에 利益分配가 문제가 되었을 때에는 民法上 組合에 관한 規定이 적용된다(제 1 조 4항). 合名會社에 관한 規定이 적용되지 않는 것은 商法 제 120 조 내지 제 122 조가 대차대조표의 작성을 전제로 하고 있기 때문이다.

### 5. 外部關係

#### (1) 제3자에 대한 關係의 效力

合同會社の 제3자에 대한 關係에 있어서 合同會社法 제 7 조 제 1 항은 合名會社에 관한 商法 제 123 조 제 1 항의 規定을 따르고 있다. 즉 合同會社도 合名會社처럼 공적인 등기부에 등기를 해야 하므로, 외부에 대하여 등기를 함으로써 유효하게 된다. 合同會社の 등기는 창설적 效力을 가진다.

#### (2) 法的인 獨立

合同會社法 제 7 조 제 2 항은 商法 제 124 조를 준용하여 合同會社の 法的性格을 規定하고 있다. 合同會社는 合有共同體로서 法人이 아니지만(따라서 法人稅를 내지 않는다), 法人에 매우 가까워져 있다. 合同會社는 등기를 하면 權利能力을 가지고 토지등기부에 등기를 할 수 있으며 정당에 가입할 수도 있다. 合同會社는 權利主體 및 合同會社財產의 主體로 간주된다. 商法 제 124 조 제 2 항을 준용함에 따라 合同會社の 재산에 대하여 강제집행할 수 있다. 이를 위하여는 合同會社 및 각 파트너에 대한 債務名義가 필요하다.

#### (3) 代表

合同會社の 代表에 있어서도 合名會社の 代表에 관한 規定이 合同會社の 특성과 모순되지 않는 범위 내에서 준용된다(제 7 조 3항). 따라서 合同會社에 있어서도 모든 파트너가 각자 회사를 대표한다(제 7 조 3항, 商法 제 125 조 1항, 제 126 조). 이는 특히, 파트너의 직업수행이 제3자에 대한 관계에서 회사를 대표하는 때에 적용된다. 合同契約의 規定에 의하여 모든 또는 다수의 파트너가 共同代表를 하도록 정할 수 있으며, 반대로 파트너를 개별적으로 회사의 대표로부터 제외할 수 있다(제 7 조 3항, 商法 제 125 조 1항, 2항). 중대한 사유가 있을 때에는 法院의 결정에 의하여 대표권을 박탈할 수 있다(제 7 조 3항, 商法 제 127 조). 代表權은 모든 재판상 및 재판외의 행위에 미치며, 채권자 보호를 위하여 제3자에 대한 관계에서는 대표권의 범위를 제한할 수 없다(제 7 조 3항, 商法 제 126 조).

## 6. 파트너의 責任

### (1) 連帶責任

合同會社의 債務에 대하여는 회사의 재산 이외에 모든 파트너가 개인재산으로 連帶責任을 진다(제 8 조 1항 1문). 商法 제 129 조와 제 130 조가 준용된다(제 8 조 1항 2문).

### (2) 責任의 集中(Haftungskonzentration)

1) 合同會社法 제 8 조 제 2 항에 따라 瑕疵있는 직업수행으로 인한 損害로부터 발생하는 請求權에 대하여 契約上의 責任을 한 파트너가 지도록 제한할 수 있다. 즉 몇몇 파트너, 예컨대 어느 한 支店의 모든 파트너 또는 그 중 한 파트너가 업무를 수행하거나, 책임을 지고 지도하거나 감독해야 할 경우에 책임을 그 파트너에게 집중시킬 수 있다. 合同會社에서 책임을 집중시킬 수 있게 한 것은 원칙적으로 파트너에 의한 개인적인 給付履行의 당연한 귀결이다. 다수의 파트너가 개인적 책임을 부담하는 것은 개인적으로 개업한 경우와 비교할 때 책임상황이 위임인에게 너무 유리하게 된다. 따라서 모든 파트너가 자기의 개인재산을 가지고 다른 파트너의 하자있는 직업수행에 대하여 책임을 지는 것은 부당하다. 이러한 책임은 合同會社 내에서 그 계약관계에 대한 직업적인 책임을 지는, 즉 그 서비스를 직접 제공하거나 지도 또는 감독의 責任을 引受한 파트너에 한정할 수 있어야 하는 것이다. 이때의 引受는 合同會社의 내부행위라고 할 수 있으며 계약상대방에 대한 추가적인 채무를 발생시키는 것은 아니다. 合同會社에 의하여 제공되는 서비스가 해당되는 업종을 담당하는 파트너만이 책임자로 지정될 수 있다 할 것이다. 예를 들면 변호사가 의료서비스에 대한 책임자로 지정될 수는 없다. 책임파트너는 계약당사자의 합의에 의하여 변경될 수 있다.

2) 責任의 集中을 위한 특별한 形式은 없다. 입증을 위하여 서면합의를 하는 것이 좋을 것이다. 예를 들어 어느 한 지사의 모든 파트너에게 책임을 집중시킬 때에는 이러한 내용을 미리 인쇄되어 있는 계약조건에 포함시킬 수 있을 것이다. 한명의 파트너에게 책임을 집중시킬 때에는 이러한 方法을 이용할 수는 없고, 구체적인 계약관계에서 責任을 引受하는 파트너를 개별적으로 지정해야 할 것이다. 이러한 것은 계약조건이 인쇄된 계약서의 빈 자리에 계약체결시 이름만 기입하는 方法에 의할 수 있을 것이다. 책임의 집중에 관한 합의가 一般去來約款의 이용에 의해서만 허용되는 것은 아니며 개별적인 합의에 의해 이루어질 수도 있다.

3) 責任의 集中의 경우에 해당 파트너 외에 合同會社의 財産도 債權者에 대하여 責任을 진다. 이는 제 8 조 제 2 항의 規定문맥상 파트너들이 그들의 책임을 집중시킬 수 있다는 것이지 合同會社의 책임에 대한 언급이 없다는 점에서 명백하다. 파트너 또는 고용인의 서비스 제공에 있어서 하자있는 행위의 귀책에 관하여는 제 8 조 제 1 항 제 1 문 외에 履行補助者의 책임에 관한 民法 제 278 조가 적용된다. 내부관계에 있어서 파트너 상호간

의 補償義務에 관한 規定은, 合同會社의 외부관계에 있어서의 채무에 대한 책임에 영향을 주지 않으므로, 파트너들의 합의로 정할 수 있다. 그러한 합의가 없는 경우에도 손해발생에 책임이 있는 파트너가 내부적으로 손해를 배상해야 할 것이다. 즉 자신의 업무집행의무를 침해한 파트너는 회사에 대하여 책임을 지고, 하자있는 직업수행에 스스로의 잘못이 없이 채권자를 만족시킨 파트너는 회사에 償還請求를 할 수 있다.

### (3) 責任의 範圍

“瑕疵있는 직업수행으로 인한 損害로부터 발생한 請求權에 대한 責任”이란 파트너의 하자있는 직업수행으로부터 발생하는 合同會社의 채무에 대한 파트너의 법적인 공동책임을 의미한다. 이에선 위임인의 모든 契約上의 請求權이 포함되는데, 不能, 遲滯, 積極的 債權侵害 또는 保證 등에 기인하는 청구권들이 이에 해당한다. 또한 제3자의 청구권도, 그것이 계약의 보호 범위 내에 들어오는 한 포함되며, 계약체결상의 의무위반도 같다. 合同會社의 不法行爲的인 채무도, 그것이 파트너가 그에게 부과된 직무를 수행하는 중에 이루어진 행위의 결과로 발생한 경우에는 책임에 포함된다(民法 제 31 조 유추).

### (4) 責任額의 制限

1) 하자있는 직업수행으로 인한 손해로부터 발생하는 청구권에 대한 責任의 限度額을 制限하는 것은 職業關係法의 規定으로 정하도록 留保되어 있다(제 8 조 3항 전단). 이러한 책임한도액은 상이한 自由業에 있어서 다르게 정해야 할 것인데, 合同會社法에 통일적인 規定을 두는 것은 적절하지 못하기 때문이다. 또한 각각의 自由業에 대하여 별도의 책임한도액을 合同會社法에 정하여 두는 것도 타당하지 못하다. 그리고 自由業에 있어서 책임한도액 제한의 문제가 合同會社만의 문제도 아닌 것이다. 이러한 이유에서 각 직업관계법에서 책임한도가 필요할 경우 이를 정하여야 할 것이다. 이와 같은 책임제한은 형식적인 의미의 法律에 의하여 정해져야 하며 상이한 條例나 직업단체의 자체 規定에 의한 法의 세분화는 방지되어야 한다.

2) 책임한도액은 그 직업에 있어서 責任保險 加入義務가 있는 경우에만 허용된다(제 8 조 3항 후단). 이는 債權者保護를 위한 것이다. 왜냐하면 책임보험자가 원칙적으로 보험계약자에 대한 계약관계와는 별도로 피해자에 대하여 급부의무를 지기 때문이다. 직업책임보험 가입의무는 파트너 또는 合同會社가 진다. 모든 파트너와 회사가 동시에 보험의무를 질 필요는 없기 때문이다.

## 7. 파트너의 脫退와 會社의 解散

### (1) 總說

파트너의 脫退와 合同會社의 解散에 있어서도 合名會社에 관한 規定이 合同會社의 특성과 모순되지 않는 범위에서 준용된다. 商法 제 131 조 내지 제 144 조에 대한 특별규정은

그것이 合同會社의 구조를 안정시키는 범위에서만 정해졌으며 제1조 제1항 및 제2항의 自由業을 영위하는 자만이 파트너가 될 수 있다는 요건에 따른 것이다. 法에 規定이 없는 사항에 관하여는, 이미 人的會社의 실무에서 그렇듯이, 合同契約에 조문화함으로써 처리하여야 할 것이다.

## (2) 商法の 準用

제8조 제2항 내지 제4항에서 달리 정하지 않은 때에는 商法 제131조 내지 제144조의 規定이 준용된다(제8조 1항).

1) 각 파트너는 商法 제132조에 따라 스스로 會社解散의 告知를 할 수 있으며, 파트너의 채권자도 商法 제135조에 따라 告知를 할 수 있고, 각 파트너는 중대한 사유가 있을 때 法院의 결정에 의한 회사의 해산을 청구할 수 있으며(商法 제133조), 중대한 사유가 있을 때 商法 제140조에 의하여 다른 파트너들의 提訴로 파트너를 회사로부터 除名시킬 수 있다.

合同會社는 法院의 결정에 의한 경우 이외에, 파트너의 결의에 의하여, 合同會社 재산에 대한 파산절차의 개시에 의하여, 그리고 合同會社가 존속기간을 정한 경우(예컨대 대형사업의 수행을 위하여) 그 기간의 경과에 의하여 해산될 수 있다(商法 제131조 1호, 2호, 3호, 6호 후단).

2) 이러한 法律規定과 다른 내용의 合同契約도 유효하다. 예를 들면 중대한 사유가 있을 때에 파트너 除名の 訴 대신에 결의에 의하여 除名시킬 수 있는 것으로 정할 수 있다. 人的會社에 있어서 판례에 의하여 확립된 契約自由의 한계가 이때 준용될 수 있을 것이다. 따라서 예컨대 合同契約에서 중대한 사유를 상세히 서술할 수는 있으나 “중대한 사유”라는 요건을 없애버릴 수는 없다. 合同會社 특유의 제명 이유로는 예컨대 고령으로 더 이상 일을 할 수 없는 경우를 들 수 있을 것이다. 파트너의 脫退權도 合同契約에 의하여 인정될 수 있다.

해산이유에 있어서도 合同契約에 다른 해산이유를 정할 수 있다. 예컨대 회사재산에 대한 파산절차 개시신청이 기각된 경우에도 해산할 것을 정할 수 있다.

3) 商法 제133조에 의한 解散請求에 있어서는 회사를 存續시키는 救濟優先의 원칙이 적용된다. 즉 해산청구인의 제명이 정당화될 수 있고 그의 탈퇴가 부당하지 않을 때에는 대개 해산이 되지 않는 것이다. 會社構造의 安定을 추구하는 合同會社의 근본취지상 위와 같은 원칙은 더욱 중요하다. 회사의 해산을 청구할 수 있는 권리는 商法 제133조 제3항에 따라 계약에 의하여 박탈하거나 제한할 수 없다. 人的會社에 있어서와 마찬가지로 해산청구권이 계약에 의하여 商法 제133조보다 더 넓게 인정될 수는 있지만, 合同會社法이 合同會社의 존속의 원칙에서 출발하고 있고 회사형태의 안정화를 추구한다는 것을 고려해야 한다.

4) 商法 제 141 조는 회사가 해산할 우려가 있는 경우에 적용되는 데 비하여 合同會社에 있어서는 이러한 경우 제 9 조 제 2 항에 따라 단순한 탈퇴사유가 될 뿐이므로, 商法 제 141 조는 合同契約에서 그러한 경우 회사가 해산할 것을 정한 경우에만 적용된다. 商法 제 142 조는 合同會社에도 그대로 적용된다. 즉 社員의 수가 1인으로 줄어들면 회사는 소멸하며 회사재산은 청산을 함이 없이 包括權利承繼에 의하여 마지막 파트너의 단독재산이 된다. 商法 제 143 조는 제 2 조 제 2 항에 따라 준용되는 商法 제 32 조에 의하여 보충된다. 즉 합동재산에 대한 파산절차 개시는 직권에 의하여登記된다.

### (3) 파트너의 脫退

1) 제 9 조 제 2 항에 의하면 파트너의 사망, 파트너의 재산에 대한 파산절차의 개시, 파트너의 해지, 파트너의 채권자에 의한 해지는 會社의 解散을 초래하는 것이 아니고 (商法 제 131 조 4호, 5호, 6호 전단, 제 135 조 참고), 해당 파트너가 合同會社로부터 脫退하는 것으로 된다. 탈퇴의 시점에 대하여는 商法 제 138 조가 준용된다. 合同契約에 추가로 탈퇴사유를 정할 수 있다.

2) 이 規定은 회사구조를 안정시키려는 것이다. 商法 제 131 조에서 회사의 해산사유로 정하고 있는 社員과 관련된 이유들은 人的會社의 실무에 있어서도 이미 광범위하게 탈퇴사유화하였다. 商法 制定時 立法者들의 생각은 合名會社는 그 참여자의 지극히 개인적인 결합으로서 한 참여자가 탈락하게 되면 모든 다른 社員을 고려하여 회사가 폐지되어야 하는데, 왜냐하면 한 구성원이 빠짐으로써 전체회사가 본질적으로 다른 회사가 되어 버리기 때문이라는 것이다. 人的會社의 실무에 있어서는 이러한 관념을 부정해 왔으며 따라서 合名會社의 자매형태, 특히 구조안정화의 원칙을 따르는 合同會社를 창설함에 있어서, 변화된 근본 관념을 받아들인 것이다.

3) 파트너가 탈퇴하고 동시에 새로운 파트너가 가입하지 않은 경우의 法的效果, 즉 持分의 增加와 補償 문제는 人的會社에 적용되는 원칙에 따른다. 따라서 合同契約에 다른 規定이 없는 한 民法 제 738 조가 적용된다. 이 規定에 따르면 탈퇴한 파트너의 持分만큼 남아 있는 파트너의 持분이 증가된다. 남아 있는 파트너들은 탈퇴한 파트너가 회사에 이용하도록 제공한 물품을 반납하여야 하며, 그를 공동의 채무로부터 면제시켜 주고, 회사가 그의 탈퇴시 해산하였다면 그가 청산에 의하여 받았을 금액을 지급하여야 한다. 보상금의 계산, 보상조항의 허용 및 효력은 人的會社法에서 발전된 기본원칙에 따른다.

4) 제 9 조 제 3 항은 合同會社에 특유한, 法律에 의한 파트너의 脫退에 관하여 정하고 있다. 合同會社가 제 1 조 제 1 항에 의하여 自由業을 가진 사람들의 직업수행을 위하여 결합된 것인 만큼, 파트너가 合同會社에서 수행하는 自由業에 대한 허가를 상실할 경우 회사로부터 탈퇴해야 한다. 이때의 허가의 상실은 완전한 상실을 의미하며 직업면허의 일시적인 停止나 休止(예컨대 직업활동을 할 수 없는 공직에 취임한 경우)는 이에 포함되지

않는다. 직업허가의 상실은 취소할 수 없이 확정되어야 한다.

직업허가의 상실로 인하여 탈퇴한 社員의 보상에 관하여는 위에 적은 일반원칙이 적용된다.

#### (4) 파트너 地位의 相續

1) 파트너의 地位는 相續되지 않는다(제9조 제4항 1문). 이 規定은 파트너의 死亡이 회사의 해산사유가 아니기 때문에 생긴 조항이다. 왜냐하면 상속인이 상속에 의하여 활동중인 회사의 구성원이 되게 되면, 사망한 파트너의 承繼人으로 누가 회사에 들어올지에 관하여 나머지 파트너들이 전혀 영향을 미칠 수 없다는 것이 되고, 이는 合同會社 내부에 존재하는 파트너들간의 특별한 신뢰관계에 반하게 된다. 그렇기 때문에 파트너의 지위를 상속할 수 없게 함으로써 人的會社에 적용되는 기본원칙으로 돌아간 것이다. 따라서 社員의 지위는 合同契約에 상속할 수 있게 정함으로써만 상속 가능하다.

2) 合同會社의 社員의 지위는 合同會社法 제1조 제1항 및 제2항의 의한 파트너의 資格이 있는 사람에게만 상속될 수 있다(제9조 4항 2문). 각 직업관계법은 다른 조건들을 정할 수 있다. 예컨대 원하지 않는 업종의 참가를 허용하지 않을 수 있을 것이다. 合同契約에 의하여 사망한 파트너의 承繼人에 대한 요건을 강화할 수도 있다. 예를 들면 이미 合同會社에서 취급하는 업종을 영위하는 사람만이 상속할 수 있게 정할 수 있을 것이다.

3) 商法 제139조는 파트너의 지위를 상속한 상속인이 合同會社로부터 탈퇴를 할 수 있는 한에서만 적용된다(제9조 4항 3문).

4) 合同會社가 상속인 없이 존속할 때에는, 民法 제738조가 준용된다. 사망한 파트너의 지분만큼 나머지 파트너의 지분이 증가하고, 청산재산 청구권은 상속재산에 속하게 된다.

5) 持分の 讓渡에 관하여는 規定이 없으므로 人的會社에 관하여 판례에 의하여 발전된 기본원칙들이 준용된다. 따라서 지분의 양도는 원칙적으로 허용된다. 나머지 파트너들의 이익보호를 위하여, 지분양도가 合同契約에서 허용되거나 다른 모든 파트너들이 동의하는 것을 전제로 한다. 지분의 양도에 있어서도 제9조 제4항 2문처럼 제1조 제1항 및 제2항의 요건에 맞는 사람에게만 양도 가능하다. 그렇지 않다면 제1조 제1항 및 제2항을 우회하는 것이 가능하게 될 것이다(民法 제134조 참고).

#### (5) 파트너의 事後責任(Nachhaftung)

파트너는 會社에서 脫退하거나 會社가 解散한 後에도 合同會社의 債務에 대하여 商法 제159조 및 제160조에 따른 責任을 진다(제10조 2항). 파트너에 대한 청구권의 消滅時效는, 合同會社에 대한 청구권이 단기의 消滅時效의 적용을 받지 않는 한, 파트너의 탈퇴 또는 회사의 해산 후 5년이다. 파트너의 사후책임에 대하여도 尙名會社에 적용되는 사후책임 규정과 판례가 적용되는 것이다.

社員의 탈퇴에 의하여 책임의 내용이 변하는 것은 아니므로, 제8조 제2항에 의한 책임제한은 계속 유효하다. 그러한 특혜를 추후에 박탈할 이유가 없기 때문이다.

## 8. 會社의 清算

(1) 제10조 제1항에 의하여 合同會社의 清算에는 合名會社의 清算에 관한 商法 제145조 내지 제158조가 준용된다. 따라서 合同會社가 解散하게 되면, 파트너간에 다른 종류의 해산방법을 합의하였거나 회사재산에 대하여 파산절차가 개시되지 않은 한 청산을 하게 된다.

(2) 合同會社의 清算에 있어서 주의할 점은 다음과 같다.

1) 商法 제145조 제2항, 제146조 제2항 2문 및 3문, 제148조 제1항 3문은 社員의 채권자에 의한 해지, 社員의 재산에 대한 파산절차의 개시, 社員의 사망이 회사의 해산을 초래하는 것을 전제로 한 것이다. 이 조항들은 合同會社에 있어서는, 合同契約에 제9조 제2항과는 달리 그러한 사유들이 탈퇴이유가 아니라 해산이유가 됨을 특별히 정한 때에만 적용된다.

2) 清算人이 될 수 있는 사람은 계속중인 사업의 종결(商法 제149조 1문)을 위하여 파트너 또는 그 직업 수행에 필요한 허가와 자질을 갖춘 사람이어야 할 것이다.

3) 商法 제150조는 청산인들의 공동대표를 規定하고 있다. 合同會社에 있어서는 파트너가 청산단계에서 자신의 직업을 수행함에 있어 각자 대외적 효력을 갖고 활동할 수 있도록 各自代表權을 합의하는 것이 바람직하다.

4) 商法 제154조에 의하면 清算貸借對照表를 작성하여야 한다. 合同會社는 商法 제238조 및 제242조상의 상업장부 작성의무가 없는데, 이는 해산한 合同會社도 같다. 그러나 그와는 별도로 재산대차대조표와 종결대차대조표는 작성해야 할 것이다.

(3) 파트너들간에 다른 해산방법을 합의한 경우, 아직 분배되지 않은 合同會社재산이 남아 있는 한 제3자에 대한 관계에서는 청산에 관한 規定이 준용된다(商法 제158조).

## 9. 經過規定

“合同會社” 또는 “--와 파트너”라는 표시는 合同會社만이 사용할 수 있다. 이러한 표시를 사용하고 있는 合同會社가 아닌 기존의 회사는 合同會社法이 발효된 후 2년간 이룰 수 있으나 2년 후에는 “合同會社” 또는 “--와 파트너”외에 회사형태를 표시하는 말을 덧붙여서만 그러한 표시를 사용할 수 있다(제11조). 예컨대 지금까지 “합동”이라는 표시를 사용해 왔던 民法上 組合은 앞으로는 추가로 “(民法上)組合”이라는 말을 붙여야 한다.